

Assistência Jurídica Gratuita

(Ligeiras anotações em torno de algumas questões polêmicas)

WILSON MARQUES

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1. Insuficiência de Recursos (A questão da prova) - O artigo 4º da Lei nº 1.060, de 05.02.50, na redação que lhe deu a Lei nº 7.510, de 04.07.86, estabelece que:

“A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

O seu parágrafo 1º acrescenta que:

“Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição, nos termos desta lei, sob pena de pagamento de até o décuplo das custas judiciais.”

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a matéria no artigo 5º, LXXIV, que está assim concebido:

“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Há quem sustente que, ao admitir a concessão do benefício somente “aos que comprovarem insuficiência de recursos”, a Carta Magna revogou o artigo 4º da Lei nº 1.060, na redação de 1986, e restaurou o regime anterior, no qual se exigia do requerente a comprovação de carência, como condição inafastável da concessão de assistência judiciária gratuita.

“É de rejeitar semelhante entendimento”, diz, com muita lucidez, o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, que logo acrescenta:

“Nada faz crer que o legislador constituinte, ao elaborar um diploma profundamente marcado - com todos os defeitos que se lhe possam imputar - pela preocupação com o social, haja querido dar marcha-à-ré em processo evolutivo, como o de que se cuida.”

(Temas de Direito Processual, Quinta Série, p. 60)

Em acórdão de 30.08.90, no Agravo Regimental nº 34/90, no Mandado de Segurança nº 137/90, o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade dos votos da turma julgadora, reconheceu como subsistente a presunção de necessidade, decorrente da mera declaração do interessado.

Invocou-se, no julgado, como suporte da decisão, o artigo 30 da Constituição Estadual, que assim dispõe:

“O Estado obriga-se, através da Defensoria Pública, a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

“Parágrafo 2º: Comprova-se a insuficiência de recursos com a simples afirmação do assistido, na forma da lei”.

É, pois, insustentável o entendimento de acordo com o qual, após o advento da Constituição Federal de 1988, a assistência judiciária gratuita somente é assegurada aos que comprovarem insuficiência de recursos, não sendo suficiente, a simples afirmação de carência, nos moldes da Lei nº 1.060/50.

Isso, todavia, não exclui a necessidade de prova da insuficiência dos recursos, como condição inafastável para obtenção do benefício, nos casos em que, pela própria condição do requerente, milita, em seu desfavor, presunção *hominis* de que não se trata de pessoa carenciada.

Assim, v.g., nos casos de assistência gratuita requerida por comerciante, médico, advogado, proprietário de imóveis e semelhantes.

2. Condenação do Beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita no Pagamento dos Encargos da Sucumbência (Cabimento) - Indaga-se se, vencido, o beneficiário da assistência judiciária gratuita, pode ser condenado no pagamento das custas processuais despendidas pelo adversário e no de honorários do advogado contratado pelo vencedor.

Impõe-se a resposta afirmativa.

A atuação da lei não pode representar diminuição patrimonial para a parte a cujo favor ela se efetiva.

Desse modo, o beneficiário da assistência judiciária gratuita está dispensado de adiantar as custas do processo e de pagar os honorários do seu advogado, mas, uma vez vencido, aquela circunstância não o libera da obrigação de reembolsar as custas do processo e os honorários advocatícios desembolsados pelo adversário.

Outro entendimento, reduzindo economicamente a expressão do direito material reconhecido na sentença, implicaria em verdadeiro atentado ao bom senso, consistente em onerar o vencedor com os efeitos da pobreza do perdedor.

A tese tem sido perfilhada por jurisprudência copiosa:

Tribunal de Justiça de São Paulo:

6ª Câmara, 25.02.76, *Apelação* nº 212.789, *rel. Des. Tomaz Ferreira Rodrigues*, *Rev. dos Tribunais*, vol. 489, *pág.* 61.

4ª Câmara, 16.06.77, *Apelação* nº 261.878, *Rel. Des. Henrique Augusto Machado*, *Rev. de Jurisprudência do TJ-SP*, vol. 47, *pág.* 120.

6ª Câmara, 28.09.78, *Apelação* nº 272.137, *Rel. Des. Yussef Said Cahali*, *Rev. de Jurisprudência do RJ-SP*, vol. 54, *pág.* 36.

Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro:

4ª Câmara, 18.03.80, *Apelação* nº 47.003, *Rel. Juiz Dilson Navarro, Adcoas*, 1981, nº 76.317.

7ª Câmara, 09.04.80, *Apelação* nº 49.492, *Rel. Juiz Narcizo Pinto, Adcoas*, 1981, nº 76.193.

Também:

Alexandre de Paula, “*O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*”:

Volume I :

1.271, 1.274, 1.275, 1.276, 1.276A, 1.276B, 1.277, 1.278

Volume IX

20.149, 20.150, 20.154, 20.154-A, 20.155, 20.159, 20.169, 20.161, 20.161A, 20.161B, 20.163, 20.164, 20.166, 20.167.

3. Condenação com a Ressalva do Artigo 12 da Lei 1.060/50 (Descabimento) - Com muita freqüência, juízes e tribunais, quando condenam os beneficiários da assistência judiciária gratuita no pagamento dos encargos da sucumbência, condicionam a exigibilidade destes à perda, pela parte vencida, da condição legal de necessitada, na forma do disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060, de 05.02.50, com o qual tem relação (aparente) o artigo anterior - 11, § 2º- do mesmo diploma legal.

A nosso aviso, a chamada “ressalva do artigo 12” não tem o menor cabimento.

Este artigo 12 da Lei nº 1.060, de 05.02.50 - está assim concebido, *verbis*:

“A parte beneficiada pela isenção de pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se, dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

Ao contrário do que, às vezes, se tem entendido, com a regra, o que se pretendeu dizer foi que a parte que não adiantou o pagamento das custas, porque obteve os benefícios da assistência judiciária gratuita, ficará obrigada a pagá-las, *ao Estado*, que não as recebeu, se, dentro de cinco anos, perder a condição de necessitado.

Se não a perder, no quinquênio, “a obrigação ficará prescrita” e o Estado perderá, em definitivo, o direito de exigir o pagamento das custas a que fazia jus.

Parece claro, portanto, que o discutido artigo 12 da Lei nº 1.060, de 05.02.50, dispõe sobre relação jurídica que vincula o carente de recursos ao Estado, nada tendo a ver com a parte contrária contra quem litiga, no processo, para o qual a gratuidade foi concedida.

Ininvocável, na espécie, igualmente, para os mesmos fins, a regra conexa do artigo 11, § 2º, da mesma Lei nº 1.060, de 05.02.50.

De acordo com este dispositivo legal,

“A parte vencida poderá acionar a vencedora para reaver as despesas do processo, inclusive honorários do advogado, desde que prove ter a última perdido a condição legal de necessitada”.

“Essa disposição, aparentemente absurda (a parte vencida poderá acionar a vencedora !!!) - diz Theotônio Negrão - fazia sentido no regime anterior ao da Lei nº 4.632, de 18.05.65, que instituiu o princípio da sucumbência para todas as causas cíveis.

Antes dela, em certos casos, a parte vencida poderia ser condenada a pagar os honorários de advogado só porque o vencedor era beneficiário da justiça gratuita, embora ficasse isenta dessa condenação se não ocorresse tal circunstância”. (Nota nº 4, ao artigo 11, da Lei nº 1.060, de 05.02.50, *in* Código de Processo Civil e Legislação Complementar em vigor, 25a. edição, pág. 785).

Com o advento da Lei nº 4.632, de 18.05.65, que deu novo tratamento à condenação no pagamento dos encargos da sucumbência, então regulada, em termos diferentes dos atuais, pelo Código de Processo Civil de 1939, ficou superada a regra do artigo 11, § 2º, da Lei nº 1.060, de 05.02.50, porque,

a partir de então, a condenação do vencido no pagamento de honorários de advogado, passou a depender, exclusivamente, do fato objetivo da derrota de um e da vitória de outro e a não depender, em caso algum, de o vencedor ser beneficiário da gratuidade de justiça.

4. Concessão de Gratuidade à Parte que vem a Juízo Representada por Advogado Particular, de sua Livre Escolha (Cabimento) - Certos julgados têm negado os benefícios da assistência judiciária gratuita à parte que vem a juízo representada por advogado particular, de sua livre escolha.

Sustenta-se que somente podem gozar do benefício os patrocinados pela Defensoria Pública.

Estamos convencidos de que esse entendimento não merece sufrágio.

Como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão estampado no Boletim AASP 1.703/205, o fato de a parte ter indicado advogado para patrocinar-lhe a causa não lhe retira o direito à assistência judiciária gratuita, pois, para gozar dos benefícios desta, não está obrigada a recorrer aos serviços da Defensoria Pública.

Se não fosse assim, a lei não estabeleceria que “será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo” (Lei 1.060, de 5.2.50, artigo 5º, parágrafo 4º).

Objetar-se-á, talvez, que a preferência pelo advogado indicado pelo interessado somente ocorrerá nos casos em que a nomeação couber ao juiz, por não haver, no local, serviço de assistência judiciária, mantido pelo Estado, nem subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (§§ 2º e 3º do artigo 5º da Lei nº 1.060, de 5.2.50).

Já no caso de haver, na localidade, serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, ou Seção Estadual, ou Subseção Municipal, a esses órgãos caberá, com exclusividade, a indicação do advogado, sem nenhuma possibilidade de a parte, nessa eventualidade, indicar profissional de sua escolha, com preferência sobre os indicados por aqueles órgãos.

O texto legal, um tanto ambíguo, realmente dá margem à essa interpretação, mas, não afasta, de modo algum, a de que a indicação do advogado, pelo interessado, excluirá, em qualquer caso, a possibilidade de funcionar, no feito, qualquer outro causídico, indicado pelo Estado, pela OAB ou pelo juiz.

Em suma, tudo está em saber se, no § 4º, a lei abriu uma exceção apenas ao § 3º, ou, se, ao contrário, o seu alcance é mais amplo, afastando a incidência, também, dos §§ 1º e 2º.

Data venia de respeitáveis opiniões em sentido contrário, entendemos que merece acolhimento esta última exegese, não apenas por razões de ordem pragmática, facilmente compreensíveis, mas, sobretudo, porque entendemos que a lei não pode ter tido a intenção de impor ao necessitado, como condição de concessão do benefício, patrono que ele não escolheu e que talvez nem mereça a sua confiança, afastando, sem nenhuma razão justificável, a possibilidade de o carenciado fazer-se representar por advogado que escolheu, exatamente porque nele deposita a confiança que não lhe inspira o advogado que lhe foi imposto.

Essa, aliás, é a jurisprudência predominante na Casa.

Assim :

1ª Câmara - MS 719-91 - Rel. Des. Menezes Direito

1ª Câmara - AI 659-93 - Rel. Des. Paulo Fabião

2ª Câmara - AI 532-89 - Rel. Des. Thiago Ribas Filho

2ª Câmara - MS 472-89 - Rel. Des. Thiago Ribas Filho

2ª Câmara - AI 226-93 - Rel. Des. Lindberg Montenegro

4ª Câmara - AI 815-86 - Rel. Des. Rui Octávio Domingues

5ª Câmara - MS 914-90 - Rel. Des. Narcizo Pinto

5ª Câmara - AI 499-89 - Rel. Des. Hêlvio Perorazio

5ª Câmara - AI 1335-89 - Rel. Des. Humberto Manes

6ª Câmara - AI 1158-89 - Rel. Des. Cláudio Lima

6ª Câmara - AI 411-94 - Rel. Des. Luiz Eduardo Rabello

6ª Câmara - AI 391-95 - Rel. Des. Luiz Carlos Perlingeiro

7ª Câmara - AI 459-89 - Rel. Des. Rebello de Mendonça

8ª Câmara - AI 1311-91 - Rel. Des. Geraldo Batista

5. Intimação Pessoal do Defensor Público, em Exercício no Primeiro Grau de Jurisdição, para Apresentação de Contra Razões pelo Agravado (Descabimento) - Durante o processamento de recursos de Agravado de Instrumento, os agravados, por intermédio de Defensores Públicos em exercício no segundo grau de jurisdição, têm requerido aos relatores a expedição de ofícios dirigidos aos Juízos de Direito por onde correm os feitos originários, determinando a S.Exas. que promovam a intimação pessoal dos Defensores Públicos, em exercício no primeiro grau de jurisdição, para que

apresentem contra-razões de agravados, devolvendo-se-lhes, para tal fim, o prazo legal de resposta.

Esses requerimentos devem ser indeferidos.

O artigo 527, III, do Código de Processo Civil, na redação que lhe deu a Lei nº 9.139, de 30.11.95, estabelece que “recebido o agravo de instrumento, no Tribunal, e distribuído incontinenti, se não for caso de indeferimento liminar (artigo 557), o relator: I: II: III: intimará o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda, no prazo de 10 (dez) dias, facultando-se-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal, a intimação far-se-á pelo órgão oficial.”

Nos casos de agravado representado pela Defensoria Pública, a intimação, para os mencionados fins, obviamente não poderá ser feita por ofício, nem por publicação no órgão oficial, uma vez que o artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei nº 1.060, de 5.2.50, acrescido pela Lei nº 7.871, de 8.11.89, confere ao Defensor Público a prerrogativa de “intimação pessoal, para ciência de todos os atos do processo...”

Mas também não poderá ser feita, como se tem pretendido, através de ordem do relator, dirigida ao juiz do primeiro grau de jurisdição, para que determine a intimação pessoal do Defensor Público em exercício no referido juízo, para que apresente contra-razões, em prazo devolvido.

Como o referido artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei nº 1.060, de 5.2.50, estabelece que.... “o Defensor Público...será intimado pessoalmente, de todos os atos do processo, *em ambas as instâncias...*” a adoção da providência pleiteada pelo agravante importaria em derrogação daquele dispositivo legal, que passaria, a partir daí a vigorar com a seguinte redação:

“... O Defensor Público...será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, exceto no caso de agravo de instrumento, em que a intimação será feita através de ordem do relator, dirigida ao juiz do primeiro grau de jurisdição, para que determine a intimação pessoal do Defensor Público em exercício no juízo, para que apresente contra-razões”.

A expedição de ordem do relator dirigida ao juiz, para o referido fim, a intimação do Defensor Público do primeiro grau de jurisdição, para apresentação de contra-razões, a devolução do prazo recursal à parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, tudo isso, como é de primeira evidência,

importaria, igualmente, em introduzir modificações no procedimento recursal do agravo, tal como regulado, atualmente, pelo Código de Processo Civil.

Ora, a competência para legislar sobre direito processual é privativa da União Federal (Constituição Federal, artigo 22, I)

Não dispõem de competência para modificar leis federais os órgãos do Poder Judiciário e, muito menos, os relatores dos recursos.

De resto, os problemas de ordem administrativa, geralmente ligados a dificuldades de comunicação entre os Defensores Públicos do segundo grau e do primeiro, chamados à colação, para justificar os requerimentos formulados para os fins indicados, na verdade não apresentam a magnitude que se lhes têm procurado emprestar, pois podem ser facilmente solucionados com um mínimo de interação entre a Defensoria Pública do segundo e do primeiro grau de jurisdição.

No tempo em que as pessoas se comunicavam através de mensagens transportadas em lombo de burro, aqueles problemas certamente seriam de difícil solução.

Hoje, no entanto, com tantos avanços no campo das comunicações e das telecomunicações - rádio, telefone, fax, *e-mail*, Internet etc. - não se duvida que a Defensoria Pública saberá como superar as dificuldades que, em decorrência da aplicação do novo texto legal, está encontrando no cumprimento da sua nobre missão.

Não por outra razão, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tomou partido na discussão, sufragando a tese que nos parece a mais acertada, ao dispor, no seu artigo 206, parágrafo 2º, que:

“Quando a parte agravada for o Ministério Público ou assistida pela Defensoria Pública, as intimações para responder serão realizadas na pessoa dos respectivos representantes dos órgãos de atuação em exercício no segundo grau de jurisdição”.

6. Concessão dos Benefícios da Assistência Judiciária Gratuita à Pessoas Jurídicas e Formais (Cabimento) - Não se comunga do entendimento de alguns de que o benefício da assistência judiciária gratuita somente pode ser deferido às pessoas físicas.

É bem verdade que a preocupação da Lei nº 1.060, de 1950, que trata da matéria, a nível infraconstitucional, é com as pessoas físicas, como se infere do uso, pelo texto legal, de expressões como “necessitados”

(artigo 2º), “os nacionais e estrangeiros” (artigo 2º) e “sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (artigo 2º, parágrafo único).

Mas, ao menos de forma categórica, a lei não exclui a possibilidade de concessão do benefício às pessoas jurídicas e às chamadas pessoas formais, como o condomínio do edifício de apartamentos, a massa falida, a herança jacente etc. etc., os quais podem perfeitamente carecer de meios para prover às despesas do processo, sem sacrifício da sua própria estabilidade e manutenção.

A presunção de pobreza, no entanto, não socorre as pessoas jurídicas e as formais, as quais, segundo o *id quod plerumque accidit*, somente em situações excepcionais podem ser consideradas “pobres”, no sentido da lei, a justificar, nessas situações excepcionais, e somente nelas, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

Como o ordinário se presume, mas o excepcional precisa ser provado, tais pessoas, ao contrário do que ocorre com as pessoas físicas, somente podem obter gratuidade de justiça se provarem que, fugindo ao que ordinariamente ocorre, não estão em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo da sua própria manutenção.

7. Recurso Interponível Contra Decisão Concessiva ou Denegatória dos Benefícios da Assistência Judiciária Gratuita (Definição) - No sistema originário da Lei nº 1.060, de 05.02.50, a assistência judiciária gratuita era pleiteada, sempre, em petição inicial própria, autuável em apartado, e geradora de outro processo, incidental embora, a que o juiz dava fim quando deferia ou indeferia o requerimento (artigo 4º).

Como o ato através do qual o juiz dá fim a processo - incidental ou não - é sentença, de que cabe apelação, a lei especial, coerentemente, estabelecia que “caberá apelação das decisões proferidas em consequência da aplicação desta lei” (artigo 17).

Ocorre que lei superveniente - de nº 7.510, de 04.07.86 - veio permitir a formulação do pedido pela via incidental, nos mesmos autos e no mesmo processo, sem necessidade da formação de outros.

Utilizada a franquia legal, é evidente que, ao deferir ou indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita, o juiz está resolvendo um mero incidente do processo, que não acaba, antes continua, e, ao fazê-lo, profere decisão interlocutória, de que cabe recurso de agravo de instrumento, não o de apelação. (Código de Processo Civil, artigos 162, § 3º, e 522).

Corretamente, assim decidiu o TFR, em acórdão de que foi relator o Ministro José Dantas (3ª Turma, Ag.52.939-SP, julgado em 16.06.87, DJU 03.09.87, pág. 18.130) e o STJ, em acórdão de que foi relator o Ministro Athos Gusmão Carneiro (4ª Turma, Recurso Especial nº 7.641-SP-julgado em 01.10.91, DJU 11.11.91, p. 16.150).

Nos outros casos, ou seja, naqueles em que a parte preferir seguir o modelo antigo, formulando o seu pedido de assistência judiciária gratuita através de processo incidental, o recurso cabível contra a decisão concessiva ou denegatória do benefício será a apelação, nos exatos termos do artigo 17 da Lei nº 1.060, de 5.2.50, que continua em vigor. ♦